



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2017

Personalisierung im Internet, Autonomie der Politik und Service public

Graber, Christoph Beat

Abstract: Wenn der Staat als Regulator in Erscheinung tritt, hat er sich in rechtsstaatlich geordneten Bahnen zu bewegen und kann für sein Handeln in Rechenschaft gezogen werden. Gleiches sollte gelten, wenn ein Unternehmen, das – wie die SRG – öffentliche Aufgaben im Dienste der Demokratie erfüllt, Algorithmen einsetzt, um Nachrichten zu personalisieren. Technologien zur Personalisierung von Nachrichten im Internet haben eine potentiell verzerrende Wirkung auf unsere Meinungs- und Informationsfreiheit und können Fragmentierungstendenzen im politischen Diskurs verstärken. Raison d'être der SRG sind die besonderen Service-public-Leistungen, die sie als Garant qualitativ hochstehender und vielfältiger Informationen erbringt. Ihre Aufgaben für Demokratie und gesellschaftliche Kohäsion kann sie jedoch nur dann wirksam erfüllen, wenn sie weiterhin alle Citoyens anspricht. Angesichts der durch soziale Medien begünstigten Bildung von Teilöffentlichkeiten muss die SRG ihre Anstrengungen verstärkt darauf richten, hier ein Gegengewicht zu setzen und sich als die gesamte Bevölkerung in der Schweiz integrierendes politisches und gesellschaftliches Forum zu verstehen. Zweifellos kann die SRG eine für Demokratie und Zusammenhalt des Landes so wichtige Aufgabe nur dann wirksam erfüllen, wenn sie auch im Internet aktiv sein darf; sollte die wirtschaftliche Entwicklung zu einer signifikanten Abnahme der Angebotsvielfalt im Bereich der für die Schweiz relevanten politischen Informationen führen, sollte die SRG ihre Online-Aktivitäten gar weiter ausbauen.

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-137460>
Journal Article

Originally published at:

Graber, Christoph Beat (2017). Personalisierung im Internet, Autonomie der Politik und Service public. *sic! : Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht*, (5):257-270.

i-call working paper

Nr. 2017/02

Personalisierung im Internet, Autonomie der Politik und Service public

Christoph B. Graber*

APRIL 2017

ZUSAMMENFASSUNG

Wenn der Staat als Regulator in Erscheinung tritt, hat er sich in rechtsstaatlich geordneten Bahnen zu bewegen und kann für sein Handeln in Rechenschaft gezogen werden. Gleiches sollte gelten, wenn ein Unternehmen, das – wie die SRG – öffentliche Aufgaben im Dienste der Demokratie erfüllt, Algorithmen einsetzt, um Nachrichten zu personalisieren. Technologien zur Personalisierung von Nachrichten im Internet haben eine potentiell verzerrende Wirkung auf unsere Meinungs- und Informationsfreiheit und können Fragmentierungstendenzen im politischen Diskurs verstärken. Raison d'être der SRG sind die besonderen Service-public-Leistungen, die sie als Garant qualitativ hochstehender und vielfältiger Informationen erbringt. Ihre Aufgaben für Demokratie und gesellschaftliche Kohäsion kann sie jedoch nur dann wirksam erfüllen, wenn sie weiterhin alle Citoyens anspricht. Angesichts der durch soziale Medien begünstigten Bildung von Teilöffentlichkeiten muss die SRG ihre Anstrengungen verstärkt darauf richten, hier ein Gegengewicht zu setzen und sich als die gesamte Bevölkerung in der Schweiz integrierendes politisches und gesellschaftliches Forum zu verstehen. Zweifellos kann die SRG eine für Demokratie und Zusammenhalt des Landes so wichtige Aufgabe nur dann wirksam erfüllen, wenn sie auch im Internet aktiv sein darf; sollte die wirtschaftliche Entwicklung zu einer signifikanten Abnahme der Angebotsvielfalt im Bereich der für die Schweiz relevanten politischen Informationen führen, sollte die SRG ihre Online-Aktivitäten gar weiter ausbauen.

SCHLÜSSELBEGRIFFE

Personalisierung, Admeira, Demokratie, Service-public-Rundfunk, Rechtssoziologie, Systemtheorie

* Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich, Lehrstuhl für Rechtssoziologie mit besonderer Berücksichtigung des Medienrechts und Faculty Associate am Berkman Klein Center for Internet and Society an der Harvard University. Für hilfreiche Kommentare zu früheren Fassungen dieses Textes und weiterführende Hinweise danke ich Martin Dumermuth und Otfried Jarren.

I-CALL WORKING PAPERS sind Forschungsergebnisse des i-call Forschungslaboratoriums. Die i-call Working Papers werden durch Peers begutachtet.

VORGESCHLAGENE ZITIERWEISE: Christoph Beat Graber, Personalisierung im Internet, Autonomie der Politik und Service public, in: i-call Working Paper, Universität Zürich, Nr. 02 (2017), im Erscheinen in: sic! 5/2017, 257-270

Publiziert durch:

i-call, Forschungslaboratorium Information • Kommunikation • Kunst • Recht an der
Universität Zürich

Prof. Dr. Christoph B. Graber

Lehrstuhl für Rechtssoziologie mit besonderer Berücksichtigung des Medienrechts

Universität Zürich, Rechtswissenschaftliche Fakultät

Treichlerstrasse 10

8032 Zürich

Schweiz

ISSN 1664-0144

© i-call Forschungslaboratorium, Schweiz

Alle Rechte vorbehalten. Kein Teil dieses Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie oder einem anderen Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers reproduziert, übersetzt oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

PERSONALISIERUNG IM INTERNET, AUTONOMIE DER POLITIK UND SERVICE PUBLIC

A.	EINLEITUNG	4
B.	TECHNOLOGIEN ZUR PERSONALISIERUNG VON NACHRICHTEN IM INTERNET (TPNI).....	6
1.	WIE FUNKTIONIEREN TPNI?	6
2.	GESELLSCHAFTLICHE AUSWIRKUNGEN VON TPNI	8
3.	TPNI UND DER REGULIERUNGSBEGRIFF	9
C.	AUTONOMIE DER POLITIK	12
D.	SERVICE PUBLIC	17
E.	SCHLUSS	21

A. EINLEITUNG

„On the Internet, nobody knows you’re a dog.“ Der berühmte Cartoon von Peter Steiner mit diesem Titel stammt aus dem Jahre 1993.¹ Damals steckte das World Wide Web in den Kinderschuhen. Damals herrschte in der Tat die Meinung vor, das Internet sei ein Raum der Anonymität. Seither haben sich die Dinge geändert. Heute ist es eher so: Auch wenn man selbst nicht ahnt, dass man ein Hund ist, das Internet weiss es bestimmt!

Heute sammeln global tätige Unternehmen wie Google, Facebook, Amazon oder Netflix riesige Mengen an persönlichen Daten und benutzen diese, um Nutzerprofile herzustellen. Nutzerprofile lassen sich kommerziell vielfältig nutzen,² unter anderem um Nachrichten zu personalisieren. Die Personalisierung von Nachrichten im Internet funktioniert über Identifikatoren und Algorithmen. Identifikatoren ermitteln, wo man sich einloggt, welchen Browser man benutzt, oder sie erkennen Cursorbewegungen und schliessen so auf die Identität eines Computernutzers. Algorithmen ordnen die gesammelten Daten einzelnen Nutzern zu und generieren Profile jedes Google-Nutzers oder Facebook-Kontoinhabers. Data-Mining hilft, Daten aus verschiedenen Quellen miteinander zu kombinieren und erlaubt, individuelle Nutzerprofile zu schärfen.³ Aus der Nutzerperspektive wirkt ein solches Profil wie ein unsichtbares Sieb: Aus der Gesamtmenge der im Internet ausgetauschten Nachrichten fliessen dem einzelnen Facebook- oder Google-Nutzer nur solche zu die zu seinem Profil passen. Das Sieb bleibt unsichtbar, der Nutzer weiss nicht, aufgrund welcher Kriterien er Nachrichten erhält oder nicht erhält.

Personalisierung von Nachrichten wird kontrovers diskutiert: Befürworter rechtfertigen solche Technologien mit Verweis auf die wachsende Informationsflut und die abnehmende Fähigkeit von Massenmedien, die individuell relevanten Informationen zu vermitteln. Kritiker dagegen warnen vor „Echokammern“ oder „Filterblasen“. Cass Sunstein, ein Rechtsprofessor aus Harvard, befürchtet, dass Informationspersonalisierung die Internet-Nutzer in „echo chambers“ einsperre,⁴ in denen jeder nur das zu hören bekommt, wovon er ohnehin schon überzeugt ist. Die Gefahr solcher „filter bubbles“, wie das Eli Pariser, ein amerikanischer Internetaktivist, nennt,⁵ ist die Fragmentierung des politischen Diskurses und eine technische Verzerrung des freien Ideenmarktes.

Die Selektion von Nachrichten für bestimmte Kundensegmente ist nichts Neues, Selektion ist nachgerade eine der wichtigsten Funktionen der Massenmedien.⁶ Zeitungen oder kommerzielle Radio- und Fernsehveranstalter haben ihr Informationsangebot seit jeher auf spezielle Publikumspräferenzen hin zugeschnitten.⁷ Hierzu komplementär ist jedoch der Service-public-Rundfunk konzipiert, der mit seinen Programmen möglichst viele, wenn nicht sogar alle

¹ P. Steiner, The New Yorker (05.07.1993), archives.newyorker.com/?iid=15713&startpage=page0000063#folio=060.

² C. Hoofnagle et al., Behavioral Advertising: The Offer You Cannot Refuse, HLP 2012.

³ I. Rubinstein et al., Data Mining and Internet Profiling: Emerging Regulatory and Technological Approaches, U Chi L Rev 2008.

⁴ C. R. Sunstein, Republic.com 2.0, Princeton, N.J 2007, 116.

⁵ E. Pariser, The Filter Bubble: What the Internet is Hiding from You, New York 2011.

⁶ N. Luhmann, Die Realität der Massenmedien, 2. Aufl., Opladen 1996.

⁷ O. Jarren, Ordnung durch Medien?, in: K. D. Altmeyden et al. (Hg.), Soziale Ordnung durch Kommunikation?, Baden-Baden 2015, 29-50, 34, 42.

Einrichtungen eines Landes erreichen soll. Nach Schweizer Staatsverständnis wird dieser Leistung grosses Gewicht zugemessen, weil Art. 93 BV insbesondere das Fernsehen als Massenmedium mit besonderer Bedeutung für die Meinungsbildung in einer demokratischen Gesellschaft versteht.⁸

Da Werbung zunehmend ins Internet abwandert,⁹ lassen sich Massenmedien kaum mehr über Werbung finanzieren.¹⁰ Massenmedien sind zwar noch immer wichtige Referenzgrössen demokratischer Meinungsbildung, verlieren ihre Stellung als Meinungsführer aber zunehmend an Social Media. Wenn nun aber die auf Plattformen der sozialen Medien verfügbar gemachten Nachrichten personalisiert sind, stellt sich die Frage, wie sich das auf die Autonomie der Politik auswirkt. Anders formuliert: Wenn es zutreffen sollte, dass Algorithmen entscheiden, welche Nachrichten die Bürger zu Gesicht bekommen, so wäre dies mit Blick auf die Voraussetzungen freier Willensbildung in einer demokratischen Gesellschaft höchst brisant. Fragen müsste man sich dann: Funktioniert die Politik weiterhin nach selbstgesetzten Regeln, oder sind es Maschinen, die die Macht haben?

Vor diesem Hintergrund erhält Admeira, die in der Schweiz sowohl wettbewerbs- als auch rundfunkrechtlich kontrovers diskutierte Allianz von SRG, Swisscom und Ringier im Bereich der Onlinewerbung besondere Bedeutung. Als Telekommunikationsunternehmen weiss die Swisscom sehr viel über ihre Kunden. Zum Beispiel ist ihr die Rechnungsadresse ihrer Kunden bekannt. Von ihren Mobil-Kunden weiss sie auch jederzeit, wo sie sich gerade aufhalten und kennt deren Online-Verhalten im Detail. Der SRG eröffnet die Allianz somit technisch die Möglichkeit, Werbung zu personalisieren. Diesbezüglich ist in Erinnerung zu rufen, dass Werbung umso wertvoller ist, je grösser die Aufmerksamkeit des sie begleitenden Programms ist.¹¹ Wirtschaftlich betrachtet bestehen für die SRG somit starke Anreize, nicht nur die Werbung, sondern auch Nachrichten zu personalisieren. Solches wäre aus Sicht des Service-public-Auftrags der SRG jedoch problematisch.

In diesem Text soll das Verhältnis zwischen Personalisierung, politischer Autonomie und Service public aus einer rechtssoziologisch-medienrechtlichen Sicht untersucht werden. Zunächst soll die These, dass die zur Personalisierung von Nachrichten verwendeten Technologien menschliches Verhalten regulieren, einer rechtssoziologischen Analyse unterzogen werden. Anschliessend werden mögliche Gefährdungen der Autonomie der Politik diskutiert, die von der Personalisierungstechnologie ausgehen. Schliesslich wird aus verfassungsrechtlicher Perspektive untersucht, welche normativen Vorgaben formuliert werden müssen, damit der Service-public-Rundfunk seine aus Art. 93 BV fliessende Funktion im Dienste der Demokratie auch unter den gewandelten technisch-medialen Bedingungen weiter erfüllen kann.

⁸ C. B. Graber/T. Steiner, St. Galler Kommentar Band 1, Zürich 2014, BV 93 N 4; F. Zeller/M. Dumermuth, Basler Kommentar, Basel 2015, BV 93 N 4.

⁹ Vgl. Forschungsbereich Öffentlichkeit und Gesellschaft, Jahrbuch Qualität der Medien, Hauptbefunde (2016), www.foeg.uzh.ch/de/jahrbuch.html (März 2017), 14.

¹⁰ Für Zahlen zum Werbemarkt in der Schweiz vgl. Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service public der SRG unter Berücksichtigung der privaten elektronischen Medien vom 17. Juni 2016, 21-23.

¹¹ T. Wu, *The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside our Heads*, New York 2016.

B. TECHNOLOGIEN ZUR PERSONALISIERUNG VON NACHRICHTEN IM INTERNET (TPNI)

Das Internet erlaubt die Personalisierung von Büchern, Musik, Filmen und anderen Kulturprodukten schon seit geraumer Zeit. Die Personalisierung von publizistischen Inhalten dagegen ist ein neueres Phänomen, das seit Beginn des 21. Jahrhunderts beobachtet wird.¹² Dessen Vorgeschichte reicht ins Jahr 1995 zurück, als der Internetpionier Nicholas Negroponte das „Daily Me“ als seine Vision der Zeitung der Zukunft propagierte.¹³ Er malte sich aus, dass die Digitaltechnologie inskünftig jedermann die Möglichkeit eröffnen werde, aus der Gesamtheit des im Internet verfügbaren publizistischen Angebots bestimmte Nachrichten auszuwählen, um damit ein auf individuelle Bedürfnisse und Präferenzen zugeschnittenes Informationspaket zu schnüren.¹⁴ Selbst Negroponte sah nicht voraus, dass wir das „Daily Me“ heute nicht selbst zusammenstellen müssen, sondern diese zeitaufwendige Arbeit Algorithmen überlassen können.¹⁵ Algorithmen, d.h. automatisierte mathematische Regeln, die numerische Daten verwenden, um gewisse Resultate zu erzeugen,¹⁶ sind in der Lage, in Sekundenbruchteilen grosse Mengen an Nachrichten zu verarbeiten und Konsumenten mit personalisierten Angeboten zu versorgen.

1. WIE FUNKTIONIEREN TPNI?

Typischerweise handelt es sich bei TPNI um Algorithmen, die Empfehlungen generieren, welche auf einzelne Nutzer massgeschneidert sind. Empfehlungen sind somit Entscheidungen, die aufgrund von komplexen mathematischen Berechnungen zustande kommen. In der wissenschaftlichen Literatur werden drei Kategorien von Empfehlungsalgorithmen unterschieden. Zur ersten Kategorie gehören Algorithmen, deren Empfehlungen allein gestützt auf bestimmte Eigenschaften des betreffenden Inhalts – z.B. Musikstile oder Genres von Büchern, Filmen oder Online-Spielen – berechnet werden.¹⁷ Bisheriger Konsum in diesen Inhaltskategorien generiert Empfehlungen für die Zukunft. Davon ist eine zweite Kategorie mit komplexeren Algorithmen zu unterscheiden, deren Empfehlungen die Kaufentscheide mitberücksichtigen, die alle anderen Mitglieder eines Netzwerks gemacht haben. Solche Algorithmen kommen z.B. bei Amazon, Netflix oder im iTunes Store von Apple zum Einsatz. Zur dritten Kategorie gehören hochkomplexe Algorithmen, wie sie beispielsweise von Google oder Facebook eingesetzt werden. In seinem Buch „The Filter Bubble“ erklärt Eli Pariser, das Zeitalter der Inhaltspersonalisierung im Internet habe im Jahre 2009 wirklich begonnen. Seit dann kombiniere die Google-Suchmaschine den PageRank-Algorithmus mit einem Personalisierungsmechanismus, um vorausszusagen, wer vor dem Bildschirm sitzt

¹² J. Turow, *The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining your Identity and Your World*, New Haven, Conn 2011, 120-137.

¹³ N. Negroponte, *Being digital*, 4. Aufl., New York 1995, 153.

¹⁴ K. Hosanagar et al., *Will the Global Village Fracture into Tribes: Recommender Systems and their Effects on Consumers* (01.04.2014), www.ssrn.com/abstract=1321962, 6.

¹⁵ Vgl. Turow (Fn. 12), 9.

¹⁶ Der Oxford English Dictionary definiert „algorithm“ als „a precisely defined set of mathematical or logical operations for the performance of a particular task“.

¹⁷ Hosanagar et al. (Fn. 14), 6.

und was diese Person zu sehen wünscht. Google verwende dazu eine Vielzahl von Identifikatoren, die über verschiedenste Parameter (Kennung des Computers, Ort des Login, Cursorbewegungen etc.) auf die Identität eines Nutzers schliessen und zusammen mit den Daten zu seinem bisherigen Online-Verhalten ein genaues Profil dieser Person konstruieren können.¹⁸ Bei Facebook entscheiden Algorithmen, welche Nachrichten die Nutzer auf ihrem Newsfeed in welcher Reihenfolge zu sehen bekommen. Ihre Entscheidungen fällen die Algorithmen nach Massgabe der projizierten Relevanz aller Äusserungen der Facebook-Friends eines Nutzers. Hierfür könnten Kriterien wie Affinität (z.B. Anzahl und Intensität bisheriger Kontakte zu einem Friend), relatives Gewicht des geposteten Inhalts (Updates zum Status der Freundschaft beispielsweise würden stark gewichtet) oder der Faktor Zeit (neuere Posts seien relevanter als ältere) eine Rolle spielen.¹⁹ Die Entwicklung ist fortgeschritten: Heute liefern auch Sensoren, die in Smartphones eingebaut sind, Daten, und Fortschritte im Bereich des Machine Learning erlauben Facebook, gewaltige Datenmengen auszuwerten und immer genauere Nutzerprofile herzustellen. Fleissige Datensammler sind auch die sogenannten „third-party cookies“.²⁰ Das sind kleine Programme, die dem Computer eines Nutzers beim ersten Besuch auf einer Webseite eingepflanzt werden und dieser anschliessend zurückmelden, welche Aktivitäten der Nutzer auf dieser und später besuchten Webseiten entfaltet. Die daraus gewonnen Daten werden gesammelt, maschinell aufgearbeitet und durch Data-Mining aggregiert,²¹ um ein genaues Profil einer Person zu erstellen.²² Facebook reichert eigene Profile mit Daten zum Offline-Leben seiner Nutzer an, die von grossen Datenhändlern wie Datalogix oder Axciom zugekauft werden, wie eine Studie von Pro Publica, eine gemeinnützige Newsseite, kürzlich bestätigt hat.²³ Ohne dass die betroffenen Nutzer darüber informiert würden, verwende Facebook die gesammelten Daten, um Werbekunden mehr als 29'000 Informationskategorien zur Verfügung zu stellen, um ihre Werbebotschaften zielgruppengenau zu platzieren. Die neue Datenschutz-Grundverordnung der EU nimmt an, dass die Nutzerprofile von Facebook und Konsorten nicht nur dazu verwendet werden, persönliche Vorlieben, Verhaltensweisen oder Gepflogenheiten einer Person zu analysieren oder vorauszusagen, sondern auch, um auf dieser Grundlage personenbezogene Entscheidungen zu fällen.²⁴ Im Fall von Google, Youtube, Facebook etc. beziehen sich diese Entscheidungen auch auf die Auswahl jener Nachrichten, die dem Nutzer zur Wahrnehmung empfohlen werden.

¹⁸ Laut Pariser (Fn. 5), 2, verwendete Google im Jahre 2009 57 Identifikatoren.

¹⁹ Pariser (Fn. 5), 38.

²⁰ H. Nissenbaum, From Preemption to Circumvention: If Technology Regulates, Why Do We Need Regulation (and Vice Versa)?, BTLJ 2011, 1381-1383; Hoofnagle et al. (Fn. 2).

²¹ Zu Data-Mining vgl. Rubinstein et al. (Fn. 3); Pariser (Fn. 5), 42-46; Turow (Fn. 12), 136, 151, 181. Zur Art und Weise, wie Gmail, Googles e-Maildienst, Nutzerdaten und den Inhalt von Nachrichten mit Data-Mining aggregiert, um Werbung zu passenden Stichworten zu verkaufen vgl. J. E. Cohen, Configuring the Networked Self: Law, Code, and the Play of Everyday Practice, New Haven, Conn. 2012, 197.

²² Vgl. V. Mayer-Schönberger/K. Cukier, Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think, Boston 2013, 160-161; M. Hildebrandt/B.-J. Koops, The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era, MLR 2010, 431-433; F. F. Schauer, Profiles, Probabilities, and Stereotypes, Cambridge, Mass. 2003.

²³ J. Angwin/T. Parris/S. Mattu, Facebook Doesn't Tell Users Everything It Really Knows About Them (27.12.2016), www.propublica.org/article/facebook-doesnt-tell-users-everything-it-really-knows-about-them.

²⁴ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. EU vom 4. Mai 2016, Nr. L 119/1, Rn. 24.

2. GESELLSCHAFTLICHE AUSWIRKUNGEN VON TPNI

In seinem im Jahre 2007 in zweiter Auflage erschienenen vielbeachteten Buch „Republic.com 2.0“ hat Cass Sunstein die Auswirkungen der Personalisierung von Nachrichten auf das Funktionieren deliberativer Demokratien untersucht.²⁵ Er befürchtet, dass diese Technologie zu sogenannten „Enklaven Gleichgesinnter“ führe. Solche Enklaven schliessen nicht nur Wichtiges aus, sondern auch unbequeme oder anspruchsvolle Nachrichten. Im Extremfall verhindern sie, dass Bürger mit Nachrichten konfrontiert werden, die ihrem Weltbild nicht entsprechen.

Im Jahre 2011 – also 10 Jahre nach der Erstauflage von Sunsteins Schrift – doppelte Eli Pariser nach und aktualisierte Sunsteins These unter den Bedingungen von Google und Facebook. Betreffend Google behauptet er, dass eine Suche von zwei an verschiedenen Orten domizilierten Personen zu demselben Stichwort unterschiedliche Suchergebnisse produziere. Ich überprüfte Parisers These in einer Vorlesung mit internationalen Studierenden und beauftragte eine dänische Studentin und einen kanadischen Studenten, auf ihren Laptops je das Wort „dolphin“ zu googeln. Das Ergebnis bestätigte, dass der Google-Algorithmus eine Filterblase generiert: Die Liste der dänischen Studentin war voll mit Suchergebnissen zu den im Wasser lebenden Säugetieren. Der kanadische Student – ein grosser Football-Fan – dagegen erhielt ausschliesslich Resultate mit Bezug zu den „Miami Dolphins“.

Sunstein sah in der Nachrichtenpersonalisierung die Gefahr einer Fragmentierung des politischen Diskurses. Diese Technologien begünstigten die Entstehung von „enclaves of like-minded people“ im Internet.²⁶ Die US-Präsidentenwahl 2016 bestätigte Sunsteins Befürchtungen unter den Bedingungen von Social Media: Mit einer für einen Stichzeitpunkt im Mai 2016 hergestellten Visualisierung veranschaulichte das Wall Street Journal (WSJ), wie unterschiedlich die politische Realität für Facebook-Nutzer unterschiedlicher Couleur aussehen kann. Zu diesem Zweck produzierte das WSJ zwei Newsfeeds, einen roten und einen blauen. Der rote Newsfeed führte ausschliesslich Quellen, deren Beiträge gemäss einer 2015 durchgeführten grösseren Facebook-Studie mehrheitlich als sehr konservativ ausgerichtet klassiert wurden. Umgekehrt waren die Beiträge der im blauen Newsfeed aufgeführten Quellen sehr „liberal“ (im amerikanischen Sinn des Wortes) ausgerichtet. Die Gegenüberstellung zeigt, dass die konservativen und die demokratischen Facebook-Welten in den acht vom WSJ ausgewählten politischen Themenbereichen radikal verschieden sind.²⁷

Weil Personalisierungstechnologien es Bürgern erleichtern, sich von Andersdenkenden abzukapseln, steigt die Gefahr, dass extreme Meinungen oder Verschwörungstheorien entstehen, sich viral verbreiten und Polarisierungstendenzen in der Gesellschaft zunehmen.²⁸ Die Proliferation personalisierter Nachrichten über soziale Medien schwächt die Massenmedien in ihrer Rolle als wichtige gesellschaftliche Intermediäre. Die neuen Technologien

²⁵ Sunstein (Fn. 4).

²⁶ Sunstein (Fn. 4), 74.

²⁷ Vgl. die Studie des Wall Street Journal, graphics.wsj.com/blue-feed-red-feed/, sowie das unmittelbar nach der Wahl Trumps durchgeführte Experiment des Guardian, das die Filterblasen im Informationsangebot liberaler bzw. konservativer Facebook-Nutzer veranschaulicht. Vgl. J. C. Wong/S. Levin/O. Solon, *Bursting the Facebook bubble: we asked voters on the left and right to swap feeds* (16.11.2016), www.theguardian.com/us-news/2016/nov/16/facebook-bias-bubble-us-election-conservative-liberal-news-feed.

²⁸ Ein Experiment, das Facebooks Data-Science-Research-Abteilung im Jahre 2012 mit 689'000 Nutzern durchführte, bestätigt diese Befürchtung bezüglich Polarisierungstendenzen. Vgl. T. Garton Ash, *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, New Haven, London 2016, 366-367.

ermöglichen neue Kanäle à la Breitbart, die gerade dadurch auffallen, dass sie sich von traditionellen Medienorganisationen abgrenzen („Lügenpresse“). Das Ziel ist, einen Gegenpol zur organisierten Publizistik zu schaffen, diese zu umgehen und zu marginalisieren.²⁹ Weil die Massenmedien die Möglichkeit geteilter Erfahrungen bieten und gesellschaftliche Kohäsion fördern, erwähnte Sunstein auch diese Entwicklung als Nachteil von Personalisierungstechnologien.³⁰ Schliesslich befürchtete Sunstein eine Kommerzialisierung politischer Freiheit. Wenn Nachrichten personalisiert und Algorithmen von Unternehmen so eingestellt werden, dass damit Werbung zielgerichtet platziert und Kundendaten gesammelt werden können, so bestehe die Gefahr, dass Bürger zu Konsumenten verkommen.³¹

3. TPNI UND DER REGULIERUNGSBEGRIFF

TPNI wirft die Frage auf, ob die dafür verwendeten Algorithmen zu Instrumenten der Machtausübung werden oder gar als selbständige politische Akteure wahrgenommen werden müssen. Zweifellos fällen die im Zusammenhang von TPNI verwendeten Algorithmen Entscheidungen, die individuelles oder soziales Verhalten im Bereich der Politik gestalten. Werden derartige Entscheidungen von staatlichen Behörden getroffen, wird das als Regulierung bezeichnet. In juristisch-politischen Begründungskontexten werden Begriffe wie „Regulierung“ oder „Regulator“ gemeinhin mit dem Staat oder mit staatlichen Handlungen assoziiert. Regulierung wird dann definiert als Verkündung von Regeln, die in einem vom Staat organisierten Verfahren gesetzt werden, verbunden mit Mechanismen, die im Falle ihrer Nichteinhaltung staatliche Sanktionen androhen.³² So verstandene Regulierung hat sich an Grenzen der Rechtsstaatlichkeit zu halten. Aus Sicht des Rechtsstaates ist die Verwendung des Begriffs Regulierung mit einer Zuweisung von Verantwortlichkeit und Rechenschaftspflicht verbunden.

Im Falle der Nachrichtenpersonalisierung steht der Staat weder bei der Schaffung von Regeln noch bei ihrer Durchsetzung im Vordergrund. Wie oben gesehen, treffen Algorithmen Entscheide darüber, welche Nachrichten wir zu einem politisch relevanten Thema zu Gesicht bekommen und können damit Meinungsbildungsprozesse Einzelner und die Deliberation im politischen Diskurs beeinflussen. Wollte man „Regulierung“ auf einen engen, staatszentrierten Begriff reduzieren, so würden diese Arten des Beeinflussens und Gestaltens individueller und sozialer Autonomieräume nicht erfasst und damit vorschnell von einem Verantwortlichkeits- und Rechenschaftsdiskurs im Rahmen des Rechtsstaates ausgeschlossen.

Notwendig ist somit eine Überprüfung des Begriffs Regulierung unter den Bedingungen von Technologien des 21. Jahrhunderts. Julia Black, eine britische Rechtsphilosophin, hat den staatszentrierten Begriff der Regulierung im Rahmen einer fundierten Analyse kritisiert.³³ Black führt fünf Gründe an, weshalb das staatszentrierte Verständnis von Regulierung nicht mit unserer politisch-rechtlichen Realität übereinstimmt.³⁴ Als ersten Grund nennt sie Komplexität: Soziale Probleme seien das Ergebnis einer Reihe von interagierenden Faktoren. Der zweite Grund

²⁹ Jarren (Fn. 7), 34.

³⁰ Sunstein (Fn. 4), 103-104.

³¹ Sunstein (Fn. 4), 190.

³² Vgl. z.B. R. Baldwin et al., *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, 2. Aufl., New York 2012, 2-3.

³³ J. Black, *Critical Reflections on Regulation*, AJLP 2002.

³⁴ Black (Fn. 33), 26.

betrifft die Fragmentierung von Wissen und Macht: Der Staat verfüge weder über das für bestimmte politische Handlungen notwendige Wissen noch über die Macht, um sämtliche seiner Entscheidungen durchsetzen zu können. Der dritte Grund hat mit der Eigengesetzlichkeit vieler sozialer Bereiche zu tun, die einer staatlichen Fremdsteuerung entgegensteht. Der vierte Grund betrifft die Tatsache, dass Regulierung keine einseitige Sache ist, sondern vielseitige Interdependenzen und Rückkoppelungen zu bedenken sind. Schliesslich verweist sie auf die Unmöglichkeit, stringent zwischen privat und öffentlich unterscheiden zu können.

An Stelle des staatszentrierten sollte ein sog. „dezentralisierter“ Begriff von Regulierung treten, den Black wie folgt definiert:

„[R]egulation' is the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to defined standards or purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behaviour-modification.“³⁵

Julia Black's Kritik überzeugt: Der staatszentrierte Begriff von Regulierung besteht den Realitätstest nicht und muss dezentralisiert werden. Von Regulierung ist somit auch dann zu sprechen, wenn der Versuch, das Verhalten Dritter zu verändern, nicht vom Staat, sondern von nichtstaatlichen Akteuren ausgeht. Die im Zusammenhang von TPNI besonders interessierende Frage ist, ob Black's Regulierungsbegriff auch Technologien einschliesst. Black's Antwort ist ein klares Nein. Ein notwendiges Element ihres Regulierungsbegriffs ist die Absicht, bestimmte Wirkungen zu erzielen. In der Annahme, dass Technologien keine Absicht haben können, schliesst sie diese als Regulatoren aus. Dem ist zuzustimmen. Obwohl automatisches Prozessieren von Daten den Eindruck entstehen lässt, „decisions may often be made not by humans but by machines“,³⁶ wäre es falsch, Technologien Absichten zu unterstellen. Selbst im Fall von Machine-Learning-Software oder anderen Formen künstlicher Intelligenz sind menschliche Programmierer am Werk, die mit ihren Vorgaben die Parameter des maschinellen Lernens bestimmen. Software-Designer definieren bestimmte Ziele, füttern den Algorithmus mit Daten und trainieren ihn, die gesetzten Ziele zu erreichen.³⁷ Der Regulator ist in diesem Fall nicht die Technologie, sondern der Designer der Software oder die Unternehmung, in derer Dienst dieser arbeitet. Timothy Garton Ash schreibt dazu:

„Only after carving my way through front-of-house PR folderol to proper conversations with senior executives and engineers did I realise just how much these algorithms embed quite specific human value judgements. To be sure, these are immensely complex, multifactored coding formulas, and many of those factors are themselves automated inputs. But then a senior search engineer would tell me, 'Oh yes, we had to tweak the algorithm on that' – the 'that' was an issue I had raised concerning science, morality, privacy or free speech.“³⁸

³⁵ Black (Fn. 33), 26.

³⁶ Mayer-Schönberger/Cukier (Fn. 22), 16.

³⁷ Vgl. M. N. Murty/V. S. Devi, Introduction to Pattern Recognition and Machine Learning, Singapore 2015.

³⁸ Garton Ash (Fn. 28), 365.

Für die wichtige Frage der Zuweisung von Verantwortlichkeiten heisst dies: Es ist die „design constituency“, ³⁹ d.h. die Unternehmen, Verwaltungen oder Programmierer, die das Design der Technologie bestimmen, welche als Regulator zur Rechenschaft gezogen werden sollte. Das führt dann zur Frage, ob diese Art von Regulierung durch Private, falls sie gesellschaftspolitisch unerwünschte Wirkungen entfaltet, wiederum durch den Staat reguliert werden muss. Damit würde eine Art Regulierung zweiter Ordnung entstehen. Der Staat hat schon bisher regulierend auf die selektive Aufmerksamkeitsbeschaffung durch private Medienorganisationen eingewirkt.⁴⁰ Aus verfassungsrechtlichen Gründen hat er sich hier aber primär auf Radio und Fernsehen konzentriert und mit Must-Carry-Regeln etwa auch solchen Fernsehveranstaltern zu potentieller Aufmerksamkeit verholfen, die statt Mainstream qualitativ hochstehende und kulturell vielfältige Programme anbieten.⁴¹ Diskutiert wird zurzeit, ob die in Art. 93 Abs. 1 BV statuierte Kompetenz des Bundes im Bereich anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen, eine Regulation öffentlicher Kommunikation im Internet miteinschliesst.⁴² Ich werde darauf unten zurückkommen.

Welche Rolle aber spielen Technologien im Zusammenhang dieses erweiterten Regulierungsbegriffs? Technologien sind zwar selbst keine Regulatoren, können aber – und das wird im Internet besonders deutlich – die Bedingungen beeinflussen, unter denen der Staat und zunehmend eben auch Private regulieren. In der Tat beruht die Macht von Facebook/WhatsApp, Google/YouTube etc. primär auf den von diesen Firmen entwickelten Selektions- und Vernetzungstechnologien. Deshalb schlage ich vor, Technologie zwar nicht als Regulator, aber als Modalität von Regulierung zu verstehen.⁴³ Als Modalität von Regulierung kann Technologie in Konkurrenz zum Recht treten, das seinerseits als Modalität von Regulierung verstanden werden kann. Wie aber unterscheiden sich Recht und Technologie als Modalitäten von Regulierung? Der Unterschied besteht darin, dass (staatliches) Recht sowohl bei seiner Entstehung als auch bei seiner Durchsetzung verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zu gehorchen hat, während dies bei Technologien nicht der Fall ist.⁴⁴ Gesetze entstehen unter Beachtung eines durch die Verfassung vorgegebenen Verfahrens und ihre Durchsetzung erfordert richterliche Auslegung im konkreten Fall. Wie jeder Technologie sind auch den TPNI bestimmte „Affordanzen“ eingeschrieben, wie das in der Kognitionswissenschaft bezeichnet wird.⁴⁵ Gemeint sind „Aufforderungen“ oder „Angebote“, die von bestimmten Technologien ausgehen und deren Nutzer in eine bestimmte Rolle zwingen. Diesen Affordanzen haben die Nutzer nicht zugestimmt, obwohl sie ihre individuellen Autonomieräume tangieren und – im Fall der Personalisierung von Nachrichten – die Autonomie des politischen

³⁹ B. Pfaffenberger, *Technological Dramas*, ST&HV 1992, 283.

⁴⁰ Vgl. M. Dumermuth, *Rundfunkregulierung – Alte und neue Herausforderungen*, in: O. Jarren/P. Donges (Hg.), *Ordnung durch Medienpolitik?*, Konstanz 2007, 366-371.

⁴¹ Dumermuth (Fn. 40), 377.

⁴² Vgl. dazu eingehend M. Dumermuth, *Die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der elektronischen Medien nach Art. 93 BV*, Zbl 2016.

⁴³ Ähnlich verstehen auch Joel Reidenberg und Lawrence Lessig die Architektur des Internets als Regulator. Vgl. J. R. Reidenberg, *Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace*, Emory L.J. 1996; J. R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, Tex Law Rev 1998, 568; L. Lessig, *Code and other Laws of Cyber-Space*, New York 1999; L. Lessig, *Code is Law. On Liberty in Cyberspace* (01.01.2000), harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html.

⁴⁴ L. Lessig, *Code Version 2.0*, New York 2006, 111; C. B. GRABER, *Internet Creativity, Communicative Freedom and a Constitutional Rights Theory Response to "Code is Law"*, in: S. Pager/A. Candepup (Hg.), *Transnational Culture in the Internet Age*, Cheltenham, UK 2012, 137-138.

⁴⁵ D. C. Denet, *Affordanz. Was die Welt uns offeriert*, NZZ vom 5. Januar 2017.

Diskurses gefährden können. Affordanzen setzen sich auch selbst durch, ohne dass eine richterliche Behörde in Aktion treten und die der Affordanz unterliegende Regel interpretieren müsste.

C. AUTONOMIE DER POLITIK

Wenn ich von Autonomie der Politik schreibe, dann meine ich etwas Spezifisches: Das Verständnis der Politik als Sub-System der Gesellschaft im Sinne der Autopoiese-Theorie Niklas Luhmanns.⁴⁶ Autonomie der Politik heisst dann Selbstreproduktion nach systemeigenen, d.h. politischen Gesetzmässigkeiten. Luhmann versteht Gesellschaft als autopoietisches, sich eigengesetzlich aus den eigenen Elementen reproduzierendes System.⁴⁷ Die Elemente eines sozialen Systems sind Kommunikationen und nicht etwa Handlungen von Akteuren. Die Existenz eines Systems impliziert die Unterscheidung zwischen einem System und dessen Umwelt. Diese Unterscheidung ist konstitutiv für jedes System. Systeme sind operativ geschlossen, da sie für ihre Reproduktion immer nur auf sich selbst schauen und alles andere ausschliessen. Innerhalb der Gesellschaft haben sich verschiedene Subsysteme ausdifferenziert, die sich über die Funktion, die sie in der Gesellschaft erfüllen, voneinander unterscheiden. Das politische System hat sich als autonomes System der modernen Gesellschaft ausdifferenziert, dessen Funktion im „Bereithalten der Kapazität zu kollektiv bindenden Entscheiden“ besteht.⁴⁸ Das demokratische Potenzial eines politischen Systems bemisst sich daran, wieweit es ihm gelingt, seine Autopoiesis aufrechtzuerhalten.⁴⁹ Auf der Systemebene funktioniert ein Staat (von Luhmann als Selbstbeschreibung des politischen Systems definiert) dann autopoietisch, wenn er sowohl intern (d.h. gegenüber Subsystemen der Politik) als auch in seinen externen Beziehungen (d.h. gegenüber den in seiner Umwelt angesiedelten staatlichen und nichtstaatlichen Entitäten) seine Selbstreproduktion autonom gestalten kann. Auf der Handlungsebene kann ein Staat seine Autopoiesis dadurch fördern, dass er die Bedingungen maximiert, unter denen sich Bürger als Akteure in den politischen Prozess einbringen können.⁵⁰

Historisch betrachtet ist die Ausdifferenzierung der Politik als autonomes System in Etappen erfolgt.⁵¹ Im Sinne der von Jürgen Habermas verwendeten Terminologie lassen sich diese Etappen als „bürgerlicher Staat“, „bürgerlicher Rechtsstaat“ und „demokratischer Rechtsstaat“ bezeichnen.⁵² Systemtheoretisch gelesen bringen diese Begriffe Selbstbeschreibungen des politischen Systems zu bestimmten Zeitpunkten einer gesamtgesellschaftlichen Differenzierung zum Ausdruck. In diesem Sinn beschreibt der bürgerliche Staat eine absolutistische Herrschaftsordnung, mit einem über das Gewaltmonopol verfügenden souveränen Herrscher als einziger Quelle

⁴⁶ N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 7. Aufl., Opladen 2005, 194-223; N. Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, herausgegeben von A. Kieserling, Frankfurt am Main 2000.

⁴⁷ N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984, 63.

⁴⁸ Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft* (Fn. 46), 84.

⁴⁹ S. Braman, *The Autopoietic State: Communication and Democratic Potential in the Net*, JASIST 1994, 365.

⁵⁰ Braman (Fn. 49), 365.

⁵¹ N. Luhmann, *Staat und Politik*, in: N. Luhmann (Hg.), *Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, Opladen 1987, 80.

⁵² J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns: Zweiter Band*, Frankfurt am Main 1987 (1981), 522-530.

legaler Herrschaft.⁵³ Der bürgerliche Rechtsstaat beschreibt einen Zustand fortgeschrittener politischer Differenzierung, der Bürgern erlaubt, subjektiv-öffentliche Rechte gegen den souveränen Herrscher vor einer unabhängigen Instanz geltend zu machen.⁵⁴ Durch die Trennung zwischen exekutiver und justizieller Gewalt wird der Verwaltungsapparat gezähmt. Der demokratische Rechtsstaat schliesslich beschreibt den Zustand eines voll ausdifferenzierten politischen Systems mit weitgehender Inklusion der Bürger in die Reproduktion politischer Kommunikation. In einer demokratischen Ordnung verfügen die Bürger nicht nur über individuelle Freiheitsrechte, die sie dem Staat entgegenhalten können, sondern darüber hinaus auch über das Recht, gleichberechtigt am politischen Diskurs aktiv teilzunehmen.⁵⁵ Gewaltenteilung manifestiert sich von nun an als institutionelle Differenzierung von legislativen, exekutiven und justiziellen Staatsfunktionen. Politische Autonomie setzt voraus, dass Entscheidungen staatlicher Behörden in einem Wettstreit der Meinungen auf dem „Marktplatz der Ideen“ vorbereitet, begleitet und überprüft werden. Die v.a. in den USA populäre Marktmetapher geht zurück auf eine Dissenting Opinion von Oliver Wendell Holmes, dem berühmten Richter des US Supreme Court.⁵⁶ 1919 schrieb Holmes „that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market“.⁵⁷

Während sich die politische Partizipation in vielen demokratischen Rechtsstaaten in der Wahl des Parlaments erschöpft, verfügt die Schweiz seit der Bundesverfassung von 1848 mit dem obligatorischen Referendum bei Verfassungsänderungen über Instrumente direkter Demokratie, die im Verlauf mehrerer Verfassungsrevisionen ausgebaut wurden (fakultatives Gesetzesreferendum: 1874; Volksinitiative: 1891).⁵⁸ Seit Einführung des Frauenstimm- und Wahlrechts in der Volksabstimmung vom 7. Februar 1971 ist politische Gleichberechtigung auf Bundesebene realisiert; auf kantonaler Ebene ist dies erst seit März 1990 allorts der Fall.⁵⁹

Das in der Schweiz existierende Demokratie-Modell lebt von gesellschaftlichen Voraussetzungen, die es nicht selbst garantieren kann⁶⁰ und kulturellen Ressourcen, die kontinuierlich erneuert werden müssen. Als gesellschaftliche Voraussetzungen sind v.a. Akzeptanz abweichender Meinungen und Bereitschaft zum Kompromiss, Toleranz gegenüber anderen, ein minimaler staatsbürgerlicher Gemeinsinn, eine lebendige Zivilgesellschaft und pluralistische Gesellschaftsstrukturen zu nennen.⁶¹ John Stuart Mill sah die Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen geradezu als Voraussetzung gesellschaftlichen Fortschritts:

„It is hardly possible to overrate the value, in the present low state of human improvement, of placing human beings in contact with persons dissimilar to themselves, and with modes of thought and action unlike those with which

⁵³ Habermas (Fn. 52), 525.

⁵⁴ Habermas (Fn. 52), 528.

⁵⁵ Habermas (Fn. 52), 529.

⁵⁶ Garton Ash (Fn. 28), 75.

⁵⁷ *Abrams v United States* 250 U.S. 616 (1919), Mr. Justice Holmes Dissenting, 630, supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html.

⁵⁸ A. Vatter, *Das politische System der Schweiz*, 2. Aufl., Baden-Baden 2016, 363.

⁵⁹ Der Kanton Appenzell Innerrhoden wurde vom Bundesgericht mit BGE 116 Ia 359 ff. zur Umsetzung gezwungen. Vgl. R. Rhinow/M. Schefer, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 980.

⁶⁰ Vgl. Rhinow/Schefer (Fn. 59), Rz. 2027.

⁶¹ Vgl. Rhinow/Schefer (Fn. 59), Rz. 2027.

they are familiar... Such communication has always been, and is peculiarly in the present age, one of the primary sources of progress."⁶²

Die Fähigkeit des Einzelnen, ein Problem auch aus dem Standpunkt eines Gegners betrachten zu können, bezeichnete Kant als „erweiterte Denkungsart“: „Ich hoffe immer dadurch, dass ich meine Urtheile aus dem Standpunkte anderer unparteiisch ansehe, etwas drittes herauszubekommen, was besser ist als mein voriges.“⁶³

Diese Fähigkeit ist entscheidende Voraussetzung für demokratische Politik. Für die Erneuerung der kulturellen Ressourcen ist Bildung von besonderer Bedeutung. Nicht nur die Wahlen, sondern auch und vor allem die zahlreichen Sachentscheide, die jährlich an der Urne zu fällen sind, erfordern Kenntnisse über die Institutionen der Demokratie und ihre Funktionsweise sowie ein minimales Verständnis der wichtigsten finanz-, wirtschafts-, umwelt-, kultur-, und sozialpolitischen Zusammenhänge.⁶⁴ Die dazu notwendige Bildung erhalten die Stimmberechtigten v.a. im Rahmen eines vom Staat als für alle obligatorisch erklärten schulischen Mindestangebots. Gleichzeitig ist der Anspruch auf einen ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht in Art. 19 BV als Grundrecht gewährleistet und die Art. 61a-68 BV formulieren das Grundkonzept einer „Bildungsverfassung“. Objektiv gesehen soll die Grundschulung auch eine demokratisch-staatsrechtliche Bildung vermitteln, die alle in die Lage versetzt, sich über die an der Urne laufend zu entscheidenden politischen Fragen eine unabhängige Meinung bilden zu können.⁶⁵

Die Bundesverfassung anerkennt in Art. 93, dass Radio und Fernsehen einen wichtigen Beitrag für das Funktionieren der Demokratie in der Schweiz leisten.⁶⁶ Dieses demokratiefunktionale Verständnis der elektronischen Massenmedien in der Schweiz steht im Einklang mit der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die das Fernsehen als Massenmedium mit besonderer Wirkung auf die Meinungsbildung des Publikums versteht.⁶⁷ Entsprechend werden die in Art. 93 Abs. 2 BV aufgeführten Leistungspflichten von Radio und Fernsehen in den Bereichen „Bildung“, „kulturelle Entfaltung“, „freie Meinungsbildung“ und „Unterhaltung“ demokratiefunktional interpretiert.⁶⁸ Bei der Umsetzung dieser vier Ziele haben Radio und Fernsehen auf die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone zu achten und tragen damit auch zum Zusammenhalt des Landes bei. Als Mittel der Zielerreichung werden mit dem Sachgerechtigkeitsgebot und dem Vielfaltsgebot zwei für die Sicherung der Informationsqualität wichtige Parameter genannt. Um ihre Verpflichtungen als Citoyens wahrnehmen zu können, müssen die Stimmbürger über ein allen zugängliches, vielfältiges und qualitativ hochstehendes Informationsangebot verfügen. Die Modalitäten der Bereitstellung dieses vielfältigen Informationsangebots auf qualitativ hohem Niveau sind durch

⁶² J. S. Mill, *Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy*, herausgegeben von W. J. Ashley, 7. Aufl., London 1909 (Erstauflage: 1848), 3. Buch, 18. Kapitel.

⁶³ I. Kant, *Briefwechsel – Auswahl (1765-1798)*, Akademieausgabe, X122; zitiert bei J. P. Müller, *Die demokratische Verfassung: Von der Selbstbestimmung des Menschen in den notwendigen Ordnungen des Zusammenlebens*, 2. Aufl., Zürich 2009, 91.

⁶⁴ W. Haller et al., *Allgemeines Staatsrecht*, 4. Aufl., Basel 2008.

⁶⁵ R. Kägi-Diener, *St. Galler Kommentar Band 1*, Zürich 2014, BV 19 N 21-27.

⁶⁶ Graber/Steiner (Fn. 8), BV 93 N 4.

⁶⁷ Vgl. Urteil des EGMR vom 22. April 2013, *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, 48876/08, Rz. 119 und J. Bratza concurring, Ziff. 6; Urteil des EGMR vom 23. September 1994, *Jersild v. Denmark*, 15890/89, Rz. 31; Urteil des EGMR vom 3. Dezember 2003, *Murphy v. Ireland*, 44179/98, Rz. 69, 74.

⁶⁸ Graber/Steiner (Fn. 8), BV 93 N 17; Zeller/Dumermuth (Fn. 8), BV 93 N 20.

den Gesetzgeber zu regeln. Art. 93 Abs. 1 BV weist dem Bund die umfassende Kompetenz zur Gesetzgebung über Radio und Fernsehen sowie andere Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen zu. Die Frage, in welchem Masse neben Radio und Fernsehen auch die anderen Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen Pflichten im Dienste der Demokratie zu erfüllen haben, ist wirkungsorientiert zu beantworten.⁶⁹ Bereits der historische Verfassungsgeber liess sich von der Einsicht leiten, dass andere Formen elektronischer Massenmedien einmal „von so grosser Wirkung und von derart weitreichenden Folgen für die Gesellschaft und den Staat“ sein können, dass sie dereinst ähnlich wie Radio und Fernsehen einer gesetzlichen Regelung bedürfen.⁷⁰ Damit hat sich Art. 93 BV für eine technologieneutrale Regelung entschieden und die Frage, welche elektronischen Massenmedien einer gesetzlichen Regelung unterstehen, ist unter Beurteilung ihrer Wirkungen auf die Meinungs- und Informationsfreiheit zu beantworten.⁷¹

Hannah Arendt ist eine jener Stimmen, die am deutlichsten vor politischen Sackgassen und kulturellen Verwirrungen in der Moderne gewarnt hat. Unter dem Eindruck von Nachwirkungen des Nationalsozialismus in Deutschland fragte sie 1961:

„[I]f, the modern political lies are so big that they require a complete rearrangement of the whole factual texture – the making of another reality, as it were, into which they will fit without seam, crack, or fissure, exactly as the facts fitted into their own original context – what prevents these new stories, images, and non-facts from becoming an adequate substitute for reality and factuality?“⁷²

Ihre Antwort: Es sind vor allem Philosophen, Wissenschaftler und Künstler in ihrer Einsamkeit, unparteiische Historiker und Richter sowie nach Fakten suchende Journalisten, die nach einem „existential mode of truth-telling“ arbeiten.⁷³ In der Tat wäre es eine der wichtigsten Aufgaben der Publizistik, der Lügenbildung in der Politik mit sorgfältig recherchierten Tatsachen entgegenzutreten.⁷⁴

In einer direkten Demokratie sind die Stimmbürger für ihre Meinungsbildung besonders darauf angewiesen, dass Medien zwischen Tatsachenbericht und Meinungen von eigenen Mitarbeitern oder Gastkommentatoren unterscheiden. Für Hannah Arendt sind Fakten und Meinungen keine Antagonisten, solange die Gewähr besteht, dass Meinungen auf der Basis von Fakten gebildet werden. Indessen sei Meinungsäusserungsfreiheit erst dann wirklich gegeben, wenn ausreichend faktische Informationen als Basis der Meinungsbildung zur Verfügung stehen.⁷⁵ Unter den heute gegebenen wirtschaftlichen Bedingungen können sich viele Massenmedien eine sorgfältige Tatsachenrecherche aber kaum noch leisten.⁷⁶ Da Ressourcen beim Fact Checking eingespart werden, treten Meinungen zunehmend an die Stelle harter Fakten. Wo Tatsachen an Bedeutung verlieren, leidet

⁶⁹ Graber/Steiner (Fn. 8), BV 93 N 5.

⁷⁰ BBl 1981 II 941.

⁷¹ Dumermuth (Fn. 42).

⁷² H. Arendt, *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought*, New York 1991 [1961], 253-254.

⁷³ Arendt (Fn. 72), 259-260.

⁷⁴ Garton Ash (Fn. 28), 202.

⁷⁵ Arendt (Fn. 72), 238.

⁷⁶ Ähnlich auch Garton Ash (Fn. 28), 195.

unweigerlich auch die Glaubwürdigkeit der Massenmedien.⁷⁷ Die Bürger beginnen, sich in ihre Echokammern zurückzuziehen, und trauen zunehmend nur noch Informationen, die von Gleichgesinnten stammen. Es ist nicht mehr die Tatsachentreue einer Nachricht, die ihren Erfolg im politischen Diskurs bestimmt, sondern die Frage, ob sie etwas Ungeheuerliches oder Empörendes beinhaltet.⁷⁸ Selektiert durch Personalisierungstechnologien erscheinen diese Nachrichten zuoberst auf dem Newsfeed, weil sie mit einiger Wahrscheinlichkeit dem Informationstypus entsprechen, der bereits zuvor das Interesse eines Facebook-Nutzers geweckt hat. Das ist ein wichtiger Grund dafür, dass im US-amerikanischen Präsidentschaftswahlkampf 2016 teilweise „fake news“ zahlreicher im Netz verbreitet wurden als Tatsachen.⁷⁹

Der Hang zu „post-truth politics“ und der Übergang in eine „postfaktische Gesellschaft“ gehen einher mit der Gefährdung von Öffentlichkeit als Strukturprinzip demokratischer Ordnung. Die demokratische Ordnung beruht auf dem Prinzip, dass die Lösung sozialer Konflikte im Wege öffentlicher Auseinandersetzung erfolgt.⁸⁰ Öffentlichkeit als normatives Ziel setzt voraus, dass sich der Mechanismus der „erweiterten Denkungsart“ entfalten kann und sich die politischen Akteure der Kontingenz ihrer Entscheide stets bewusst sind. Wenn Personalisierungstechnologien den freien Ideenmarkt verzerren und den politischen Diskurs fragmentieren, dann sind die normativen Anforderungen an Öffentlichkeit nicht mehr gegeben. Das Nebeneinander vieler Teilöffentlichkeiten ist nicht in der Lage, das für eine demokratische Ordnung notwendige gemeinsame Auditorium zu schaffen.⁸¹ Ein Wettbewerb unter Argumenten auf dem Forum der Politik kann nicht mehr stattfinden⁸² – die kognitive Offenheit und die Lernfähigkeit des politischen Systems stehen auf dem Spiel. Aus systemtheoretischer Sicht stellt sich die Frage, ob unter solchen Voraussetzungen von einem autonomen Operieren des politischen Code noch gesprochen werden kann.

Das politische System beobachtet seine Umwelt mittels eines binären Code, den Luhmann als Unterscheidung Regierung/Opposition bezeichnet.⁸³ Das erste Element der Unterscheidung nimmt Bezug auf das spezifische System (hier: die Politik), das zweite Element auf die Umwelt dieses Systems (alles, was nicht Politik ist). Die Beobachtungen, die das System von seiner Umwelt macht, können dieses dazu veranlassen, seine internen Strukturen gemäss den evolutionstheoretischen Prinzipien Variation, Selektion und Stabilisierung anzupassen. Zum Verständnis der Autonomie eines Systems im Sinne Luhmanns ist die Unterscheidung zwischen Code und Programm notwendig. Während der Code eines Systems dessen Eigengesetzlichkeit unmittelbar zum Ausdruck bringt, bestimmen Programme darüber, unter welchen örtlichen, sachlichen und zeitlichen Bedingungen der Code in der gesellschaftlichen Kommunikation verwendet wird.⁸⁴ Das primäre Medium der Politik ist Macht, dieses ist über das Medium des Rechts zweitcodiert. Gesetze, Gerichtsentscheidungen und Verträge sind die wichtigsten Programme des rechtlich

⁷⁷ Vgl. America's alt-right learns to speak Nazi: „Lügenpresse“, The Economist vom 24. November 2016.

⁷⁸ Zur Rolle des Skandals in der digitalen Medienrealität vgl. B. Pörksen/H. Detel, Der entfesselte Skandal. Das Ende der Kontrolle im digitalen Zeitalter, Köln 2012, 24; vgl. bereits Luhmann (Fn. 6).

⁷⁹ Vgl. The post-truth world: Yes, I'd lie to you, The Economist vom 10. September 2016.

⁸⁰ Müller (Fn. 63), 91.

⁸¹ Müller (Fn. 63), 92.

⁸² Zur Idee des „public forum“ vgl. C. R. Sunstein, Why Societies Need Dissent, Cambridge, Mass. 2003, 102-103.

⁸³ Luhmann, Die Politik der Gesellschaft (Fn. 46), 96.

⁸⁴ Vgl. N. Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Band 1, Frankfurt am Main 1997, 377.

zweitcodierten Mediums der Politik.⁸⁵ Über die ihnen eingeschriebenen Affordanzen entfalten TPNI regulatorische Wirkungen, die unter bestimmten Konstellationen in Konkurrenz zu den rechtlich codierten Programmen politischer Regulation treten können. Wenngleich TPNI die Autonomie des politischen Code somit nicht aushebeln, können sie doch den Raum schrumpfen lassen, der für die Autopoiesis der Politik zur Verfügung steht.

D. SERVICE PUBLIC

Neueste empirische Studien bestätigen, dass der Medienkonsum in erster Linie im Internet stattfindet und dass soziale Medien den Massenmedien den Rang abgelaufen haben. In der Schweiz ist das Internet heute das am meisten genutzte Medium; das gilt besonders ausgeprägt für die Altersklasse der 15- bis 34-Jährigen.⁸⁶ Von dem im Internet verfügbaren Medienangebot erreichen die globalen Suchmaschinen und sozialen Medien (insbes. Google, Youtube, Facebook, WhatsApp, Instagram) durchschnittlich eine viermal grössere Aufmerksamkeit als das Online-Angebot schweizerischer Medien.⁸⁷ Vor allem junge Menschen konzentrieren ihren Konsum an Online-Medien stark auf die erwähnten globalen Angebote. Gemäss dem vom Forschungsbereich Öffentlichkeit und Gesellschaft (fög) an der Universität Zürich verfassten Jahrbuch Qualität in den Medien (2016) sind Newssites, Onlineportale und Social Media Hauptinformationsquellen für 62% aller 18- bis 24-Jährigen und für 22% aller jungen Erwachsenen sind die sozialen Medien die einzige Informationsquelle.⁸⁸ Für 43% der Altersgruppe junge Erwachsene dient das Smartphone als wichtigster Zugang zu digitalen Nachrichten.⁸⁹ Google (v.a. über Youtube), Facebook, WhatsApp, Instagram etc. kooperieren mit den globalen Medienkonzernen und verbreiten deren Inhalte über ihre Plattformen. Da bereits 36% der vom fög Befragten ihre Nachrichten über Facebook konsumieren,⁹⁰ arbeiten auch Schweizer Medienunternehmen zunehmend mit dem Internetgiganten zusammen. Das Schweizer Medienangebot auf Facebook dominieren Angebote der Pendler- und Boulevard-Medien.⁹¹

Die Untersuchung des fög unterstreicht die überragende Bedeutung der sozialen Netzwerke auch im Bereich der Nachrichtennutzung. Weil die auf sozialen Netzwerken eingesetzten Personalisierungsalgorithmen dazu führen, dass Kommunikation vor allem unter Gleichgesinnten stattfindet, erstaunt der Befund des fög nicht weiter, dass jene Leute, die Nachrichten vor allem über diese Kanäle konsumieren, sich durch geringes Mediensystemvertrauen auszeichnen. Das fög empfiehlt deshalb, dass auch Schweizer Medien mit Qualitätsanspruch ihre Inhalte vermehrt über Facebook verbreiten.⁹² Umgekehrt hat die Untersuchung gezeigt, dass

⁸⁵ Vgl. Luhmann (Fn. 84), 367.

⁸⁶ Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service public der SRG (Fn. 10), 82.

⁸⁷ Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service public der SRG (Fn. 10), 77.

⁸⁸ Forschungsbereich Öffentlichkeit und Gesellschaft (Fn. 9), 13.

⁸⁹ Forschungsbereich Öffentlichkeit und Gesellschaft (Fn. 9), 13.

⁹⁰ Im Rahmen einer vom fög und dem Reuters Institute for the Study of Journalism an der University of Oxford durchgeführten repräsentativen Grossstudie wurden in der Schweiz rund 2000 Internetnutzer befragt. Vgl. Forschungsbereich Öffentlichkeit und Gesellschaft (Fn. 9), 16.

⁹¹ Forschungsbereich Öffentlichkeit und Gesellschaft (Fn. 9), 14.

⁹² Forschungsbereich Öffentlichkeit und Gesellschaft (Fn. 9), 15.

jene Personen, die häufig Nachrichten des Service-public-Rundfunks nutzen, ein grösseres Vertrauen ins Mediensystem entwickeln.⁹³ Das Medienvertrauen wiederum fördert ein grundsätzliches Interesse an Nachrichten und steigert die Bereitschaft der Konsumenten, für Information zu bezahlen. Dennoch vermag dies, wie sich für die Schweiz deutlich ergibt, die grossen Finanzierungsprobleme des Informationsjournalismus nicht zu lösen.⁹⁴

Als Massnahme gegen die Abwanderung von Werbung in Social Media investieren die Schweizer Medien zunehmend in Technologien des „behavioural targeting“, die auf der Grundlage gesammelter Nutzerdaten die Personalisierung von Werbung (und Nachrichten) erlauben.⁹⁵ Indessen sind die meisten Medienhäuser zu klein, um grosse Mengen von Daten zu sammeln (Big Data), zu analysieren und zu aggregieren (Data-Mining) oder um Targeting-Technologien zu entwickeln. Sie suchen deshalb nach Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit Partnerunternehmen, wie dies auch im Fall von Admeira, dem Joint Venture von Swisscom, SRG und Ringier, geschehen ist. Weil die Swisscom über detaillierte Informationen ihrer Kunden verfügt, die bei Mobilkunden auch deren Verhalten im Internet einschliesst, ist sie eine interessante Partnerin der Medienunternehmen im Bereich des Sammelns und Analysierens von Daten. Darüber hinaus profitieren SRG und Ringier auch vom Wissen der Swisscom zu Technologien wie Real Time Advertising (RTA) oder Real Time Bidding (RTB), die bei zielgruppenspezifischer Werbung zum Einsatz kommen.⁹⁶ Umgekehrt macht für die Swisscom ein Zusammengehen mit den beiden Medienunternehmen Sinn, weil sie die teuren Nachrichten und Unterhaltungsbeiträge, die sie ihren Kunden auf ihren Plattformen verfügbar macht, nicht selbst produzieren muss, sondern von den Partnern preisgünstig geliefert erhält.

Die Allianz von Rundfunk-, Telekommunikations- und Presseunternehmen wirft eine Reihe neuartiger medienrechtlicher Probleme auf, die mit Blick auf den gesamten konvergierenden Sektor analysiert werden müssen. Zurzeit sind nicht nur die politischen Behörden, sondern auch die Gerichte damit beschäftigt, schützenswerte Rechtsgüter zu identifizieren und gegeneinander abzugrenzen. Die Wettbewerbskommission (WEKO) genehmigte Admeira nach vertiefter Prüfung am 14. Dezember 2015⁹⁷ und das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) nahm mit Entscheid vom 29. Februar 2016 von der Beteiligung der SRG am Joint Venture Kenntnis, ohne Auflagen zu verfügen.⁹⁸ Gegen den Entscheid des UVEK wandten sich verschiedene Medienhäuser, darunter Tamedia, AZ Medien, Radio 24 und Radio Argovia, sowie der Verlegerverband (VSM) mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und verlangten, dass ihnen Parteistellung eingeräumt und der SRG die Beteiligung am Joint Venture untersagt werde. Mit einem Urteil vom 29. September 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gut, räumte den Beschwerdeführern Parteistellung ein und wies die Sache zum erneuten Entscheid an das UVEK

⁹³ Forschungsbereich Öffentlichkeit und Gesellschaft (Fn. 9), 2.

⁹⁴ Forschungsbereich Öffentlichkeit und Gesellschaft (Fn. 9), 5.

⁹⁵ M. Puppis et al., Medien und Meinungsmacht, Zürich 2017, 254.

⁹⁶ Puppis et al. (Fn. 95), 268.

⁹⁷ Stellungnahme der WEKO betreffend das Zusammenschlussverfahren 41-0772, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft / Swisscom AG / Ringier AG vom 14. Dezember 2015, www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html.

⁹⁸ Verfügung des UVEK in Sachen SRG betreffend Beteiligung an einem Joint Venture (Art. 29 RTVG) vom 29. Februar 2016, www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-60805.html.

zurück.⁹⁹ Die SRG zog das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts an das Bundesgericht weiter, wo es bei Redaktionsschluss hängig ist.

In materiell-rundfunkrechtlicher Sicht geht es primär um die Auslegung von Art. 29 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG), wo Grenzen der nichtkonzessionierten Tätigkeiten der SRG – darum handelt es bei der Beteiligung an Admeira¹⁰⁰ – bestimmt werden.¹⁰¹ Gemäss Art. 29 RTVG darf die SRG im Rahmen ihrer gesetzlichen Verpflichtungen Beteiligungen eingehen, um ihre Wettbewerbsfähigkeit auf dem dynamischen Markt zu erhalten.¹⁰² Die Bestimmung sieht keine Genehmigungspflicht vor, sondern verlangt von der SRG lediglich, die geplante Kooperation zu melden, woran sich eine allfällige Intervention der Behörden anschliessen kann.¹⁰³ Gemäss Art. 29 Abs. 2 RTVG „kann“ das UVEK Auflagen verfügen, falls die geplante Tätigkeit der SRG „die Erfüllung ihres Programmauftrages erschwert oder den Entfaltungsspielraum anderer Medienunternehmen erheblich beschränkt“. Ein Verbot kommt lediglich als *ultima ratio* in Betracht. Das Bundesverwaltungsgericht versteht Art. 29 Abs. 2 RTVG als Schutznorm zugunsten anderer Medienunternehmen und leitet daraus eine Pflicht der Behörden ab, bei der Prüfung nichtkonzessionierter Tätigkeiten der SRG nach einem Ausgleich zwischen der unternehmerischen Freiheit der SRG und den Interessen der übrigen Medienunternehmen zu suchen.¹⁰⁴ Das „kann“ in Art. 29 Abs. 2 RTVG beziehe sich einzig auf die Auswahl der zu treffenden Massnahme;¹⁰⁵ falls es zur Wahrung der Interessen der übrigen Medienunternehmen notwendig sei, müsse die zuständige Behörde intervenieren.

Im oben diskutierten Verfahren steht die Frage im Vordergrund, ob die Beteiligung der SRG an Admeira geeignet ist, die Stellung und die Aufgabe anderer schweizerischer Medienunternehmen erheblich zu beschränken. Die in Art. 29 Abs. 2 RTVG ebenfalls enthaltene – und für diese Untersuchung bedeutsamere – Frage, ob Admeira die SRG an der Erfüllung ihres Programmauftrags hindert, war bisher aber nicht Gegenstand gerichtlicher Prüfung. Eine wissenschaftliche Klärung dieser Frage wird dadurch erschwert, dass die Einzelheiten der Kooperation, abgesehen von einer knappen Medienmeldung zu „Grundsätzen des Joint Venture“, nicht öffentlich bekannt sind.¹⁰⁶ Gemäss diesen Grundsätzen dürfte für die SRG die Verwendung der vom Joint Venture generierten Nutzer-, Nutzungs- und Verhaltensdaten (sog. „targeting insights“) für zielgruppenspezifizierte Angebote im Vordergrund stehen. Diese Vermutung bestätigt der 6. Grundsatz, wo die Absicht der SRG, zielgerichtete TV-Werbung in ihrem Programm ausstrahlen zu wollen, ausdrücklich festgehalten ist. Mit Verfügung vom 29. Februar 2016 hat das BAKOM der SRG (im Rahmen einer aufsichtsrechtlichen Prüfung nach Art. 86 ff. RTVG) zielgruppenspezifische Werbung im Fernsehprogramm zwar verboten, gleichzeitig jedoch darauf hingewiesen, dass es ihr frei stehe, ein Gesuch um Anpassung ihrer Konzession zu stellen.¹⁰⁷ Wie das

⁹⁹ BVGer vom 29. September 2016 in den Verfahren A-1703/2016, A-2244/2016, A-2412/2016.

¹⁰⁰ Verfügung des UVEK in Sachen SRG betreffend Beteiligung an einem Joint Venture (Fn. 98), 15.

¹⁰¹ R. H. Weber, Rundfunkrecht, Kommentar, Bern 2008, RTVG 29 N 5.

¹⁰² BBl 2003, 1610.

¹⁰³ BBl 2003, 1693.

¹⁰⁴ BVGer vom 29. September 2016 in den Verfahren A-1703/2016, A-2244/2016, A-2412/2016, 17.

¹⁰⁵ BVGer vom 29. September 2016 in den Verfahren A-1703/2016, A-2244/2016, A-2412/2016, 17.

¹⁰⁶ Vgl. Medienmitteilung: SRG und Swisscom publizieren Grundsätze des Joint Venture für die gemeinsame Werbevermarktung (03.03.2016), www.srgssr.ch/de/medien/archiv/single/date/2016/ringier-srg-und-swisscom-publizieren-grundsaeetze-des-joint-venture-fuer-die-gemeinsame-werbevermarktung.

¹⁰⁷ Verfügung des BAKOM in Sachen SRG betreffend Zulässigkeit von zielgruppenspezifischer Werbung der SRG vom 29. Februar 2016, www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-60805.html, 11.

Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 29. September 2016 klarstellte, betrafen die Anordnungen des BAKOM zur Zulässigkeit zielgruppenspezifischer Werbung lediglich das Ausstrahlen von Programmen und liessen damit andere Tätigkeiten der SRG – einschliesslich solcher im Internet – unberührt.¹⁰⁸ Das UVEK äusserte sich in seiner Verfügung vom 29. Februar 2016 zwar zur Frage, ob Admeira die Erfüllung des Leistungsauftrags der SRG beeinträchtigt, beschränkte seine Erwägungen aber auf Fragen der Finanzierung und der Unabhängigkeit der SRG nach Art. 93 Abs. 3 BV. Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Erfüllung von Pflichten im Dienste der Demokratie thematisierte die Behörde mit keinem Wort.¹⁰⁹

Wie bereits erwähnt, verpflichtet Art. 93 Abs. 2 BV Radio und Fernsehen, zur „Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung“ beizutragen. Damit ist ein Leistungsauftrag formuliert, zu dem das Radio- und Fernsehsystem als Ganzes in die Pflicht genommen wird. Indem das System Radio und Fernsehen zur Verwirklichung der in Abs. 2 genannten Ziele dieses Service public beiträgt, leistet es einen wichtigen Beitrag für das Funktionieren der Demokratie und zur Kohäsion des Landes.¹¹⁰ Für die Umsetzung dieses Leistungsauftrags auf der Ebene der Gesetzgebung sind – in dem durch die medienökonomischen und kulturellen Besonderheiten gesetzten Rahmen – grundsätzlich verschiedene Modelle denkbar.¹¹¹ Das geltende Recht bevorzugt eine Lösung, die den öffentlichen Rundfunk und die konzessionierten privaten Rundfunkveranstalter über individuell definierte Leistungsaufträge dazu verpflichtet, zur Erfüllung der Service-public-Aufgaben beizutragen.¹¹² Die klare Hauptverantwortung für die Leistung des Service public weist das Gesetz freilich der SRG zu.¹¹³ Jene privaten Rundfunkveranstalter, die mit Konzession ausgestattet sind und teilweise über Gebühren finanziert werden,¹¹⁴ erbringen ihre publizistischen Leistungen auf den lokalen und regionalen Ebenen.¹¹⁵

Die SRG wird mit einem in Art. 24 RTVG formulierten Leistungsauftrag zu einem umfassenden Service public verpflichtet. Im Gegenzug dazu geniesst sie u.a. ein finanzrechtliches Privileg,¹¹⁶ denn sie erhält einen Grossteil der von allen Haushalten zu berappenden Rundfunkabgabe.¹¹⁷ Dies erlaubt ihr, ihre jährlichen

¹⁰⁸ BVGer vom 29. September 2016 im Verfahren A-2410/2016, 7.

¹⁰⁹ Verfügung des UVEK in Sachen SRG betreffend Beteiligung an einem Joint Venture (Fn. 98), 22-23.

¹¹⁰ Vgl. Fussnote 65 und den dazugehörenden Text.

¹¹¹ M. Dumermuth, Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System, ZSR 2006.

¹¹² In den Grundzügen ist der Programmauftrag der privaten konzessionierten Veranstalter im RTVG verankert (Art. 38 Abs. 1 lit. a und Art. 43 Abs. 1 RTVG) und wird in den individuellen Konzessionen konkretisiert. Vgl. P. Hager, Rundfunkvielfalt und Medienkonzentration: Rechtliche Mechanismen zur Sicherung der Diversität in Radio und Fernsehen, Zürich 2016, 127-129.

¹¹³ Zeller/Dumermuth (Fn. 8), BV 93 N 27; Weber (Fn. 101), RTVG 24 N 1. Diese Lösung wird von verschiedenen politischen Akteuren in Frage gestellt. Zurzeit sind alternative Vorschläge in der Diskussion, welche die Eidgenössische Medienkommission (EMEK) unter Berücksichtigung des laufenden technischen und gesellschaftlichen Wandels analysiert hat. Nach Auffassung der EMEK vermag keiner dieser Vorschläge besser zu überzeugen als die geltende Regelung. Eidgenössische Medienkommission (EMEK), Service-public-Medien in der Schweiz. Diskussionsbeiträge und Gestaltungsvorschläge (11.12.2015), www.emek.admin.ch/de/themen/service-public/uebersicht/, 24 ff.

¹¹⁴ Als Gegenleistung für die Erfüllung ihres Auftrags erhielten die am Gebührensplitting beteiligten Radio- und TV-Veranstalter 2014 insgesamt 54 Millionen Franken. Eidgenössische Medienkommission (EMEK) (Fn. 113), 13.

¹¹⁵ Eidgenössische Medienkommission (EMEK) (Fn. 113), 6.

¹¹⁶ Dumermuth (Fn. 111), 243.

¹¹⁷ Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service public der SRG (Fn. 10), 27-28. Der mit der auf den 1. Juli 2016 in Kraft getretenen RTVG-Revision (AS 2016 2131; BBl 2013,

Ausgaben von zurzeit rund 1.7 Milliarden Franken zu 70% marktunabhängig finanzieren zu können.¹¹⁸ Wenn das Schweizer Recht die privilegierte Stellung der SRG mit der besonderen Leistung begründet, die sie zu Gunsten von Demokratie und gesellschaftlichem Zusammenhalt erbringt, dann ist von zentraler Bedeutung, dass ihre Inhalte die gesamte Bevölkerung erreichen.¹¹⁹ Eine Personalisierung von Inhalten, die Tendenzen einer verstärkten Fragmentierung des Publikums fördern würde, ist aus dieser Sicht abzulehnen. Gerade das Gegenteil wäre erwünscht: Die SRG sollte ihre Anstrengungen stärker darauf ausrichten, ein Gegengewicht zu den von Social Media ausgehenden Fragmentierungstendenzen zu bilden, und mit ihren qualitativ hochstehenden und das wechselseitige Verständnis fördernden Informationen die gesamte Schweizer Öffentlichkeit zu erreichen.¹²⁰ Die grosse Herausforderung wird darin bestehen, mehr junge Menschen davon zu überzeugen, dass die SRG-Programme (linear und online) Quelle verlässlicher Informationen sind, wenn es darum geht, sich zu politisch und gesellschaftlich wichtigen Fragen eine eigene Meinung zu bilden. Es gilt auszuloten, ob Technologie allenfalls in den Dienst des Service public gestellt werden kann, indem Zielgruppenansprache mit „Übersetzungsleistungen“ gekoppelt wird, um das junge Publikum auf alternative Perspektiven hinzuweisen und für Qualität in den Medien zu sensibilisieren.

E. SCHLUSS

TPNI verzerren den freien Ideenmarkt und haben regulatorische Wirkungen. Der Regulator ist hier die Unternehmung, welche die Technologie „kontrolliert“ – im Falle der Personalisierung von Rundfunkinhalten also die SRG. Wenn der Staat als Regulator in Erscheinung tritt, hat er sich in rechtsstaatlich geordneten Bahnen zu bewegen und kann für sein Handeln zur Rechenschaft gezogen werden. Gleiches sollte gelten, wenn ein Unternehmen, das öffentliche Aufgaben im Dienste der Demokratie erfüllt, Algorithmen einsetzt, um Nachrichten zu personalisieren. TPNI haben eine potentiell verzerrende Wirkung auf unsere Meinungs- und Informationsfreiheit und können Fragmentierungstendenzen im politischen Diskurs verstärken. *Raison d'être* der SRG und Legitimation ihrer Privilegien hinsichtlich Finanzierung und Verbreitung von Programmen sind die besonderen Service-public-Leistungen, die sie als Garant qualitativ hochstehender und vielfältiger Informationen erbringt. Ihre Aufgaben für Demokratie und gesellschaftliche Kohäsion kann sie jedoch nur dann wirksam erfüllen, wenn sie weiterhin alle Citoyens anspricht. Angesichts der durch soziale Medien begünstigten Bildung von Teilöffentlichkeiten muss die SRG ihre Anstrengungen verstärkt auch darauf richten, hier ein Gegengewicht zu setzen und sich als die gesamte Bevölkerung in der Schweiz integrierendes politisches und gesellschaftliches Forum zu verstehen. Zweifellos kann die SRG eine für Demokratie und Zusammenhalt des Landes so wichtige Aufgabe nur dann wirksam erfüllen, wenn sie auch im Internet aktiv sein darf; sollte die wirtschaftliche Entwicklung zu einer signifikanten Abnahme der

4975) beschlossene Wechsel von einer Gerätegebühr zu einer Haushaltsabgabe wird spätestens Anfang 2019 in die Praxis umgesetzt.

¹¹⁸ Eidgenössische Medienkommission (EMEK) (Fn. 113), 13.

¹¹⁹ Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service public der SRG (Fn. 10), 113; Eidgenössische Medienkommission (EMEK) (Fn. 113), 30.

¹²⁰ Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service public der SRG (Fn. 10), 88.

Angebotsvielfalt im Bereich der für die Schweiz relevanten politischen Informationen führen, sollte die SRG ihre Online-Aktivitäten gar weiter ausbauen.¹²¹ Aus Rücksicht auf die „anderen Medien“ (Art. 93 Abs. 4 BV), sollte sie diesbezüglich jedoch auch in Zukunft auf Werbeinnahmen verzichten.¹²² Für die SRG hat ein Werbeverbot im Internet den Vorteil, dem zunehmenden Druck der Kommerzialisierung von Nutzerdaten leichter widerstehen zu können.¹²³

¹²¹ Dumermuth (Fn. 42).

¹²² Gemäss Art. 23 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) ist der SRG in ihrem übrigen publizistischen Angebot, das neben den Radio- und Fernsehprogrammen zur Erfüllung des Programmauftrags notwendig ist und aus der Abgabe für Radio und Fernsehen finanziert wird, untersagt, Werbung und Sponsoring zu betreiben. Das übrige publizistische Angebot umfasst gemäss Art. 12 der SRG-Konzession (Konzession für die SRG SSR vom 28. November 2007, BBl 2007, 8557; BBl 2008, 5779; BBl 2009, 4811, 6829; BBl 2010, 7913; BBl 2011, 7967, 7969; BBl 2012, 9073; BBl 2013, 3291; BBl 2016, 59) auch das Online-Angebot der SRG. Für eine Beibehaltung des SRG-Werbeverbots im Onlinebereich vgl. auch Bericht des Bundesrates zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service public der SRG (Fn. 10), 108-109.

¹²³ Eidgenössische Medienkommission (EMEK) (Fn. 113), 26.